P E R

D. Tereſa Zacaria

C O N T R O

D. Paſquale, e D. Serafino d' Elmo.

Da eſaminarſi nel S. C. a relazione del Regio Giudice Signor D. Domenico Antonio d' Avena.



Preſſo lo Scrivano
Raimondi.

J. M. J.

IL decreto profferito dalla Vicaria nella causa del preambolo del Dottor Fisico D.Francesco Zacaria di Lecce ha dato causa al gravame che deve il S. C. compiacersi di esaminare ; poichè avendo decretato la Regia Corte di Lecce che del Difunto siano *ex testamento* eredi D.Teresa Zacaria sua sorella ugualmente con D.Pasquale, e D.Serafino dell' Elmo nipoti *ex alia sorore*, la G.C. lo ha confermato a'29. del passato Novembre.

Dal testamento che fu chiuso a' 2. Settembre 1752. dipende il decidere , se sussista il preambolo spedito , e confermato ; o pure debba, rivocandolo, decretare il S.C., che la sola D.Teresa sia la erede del Dottor Fisico suo fratello , esclusi D.Pasquale e D.Serafino dell' Elmo. Quindi trascriveremo le parole della istituzione dell' erede, per cui si contende; ed a meglio intenderla premettiamo, che il Testatore non avea figli, nè fratelli, ma tre sorelle, cioè Orsola non maritata, che allor conviveva con lui: Teresa maritata con figli: e Veneranda pure con figli a lui premorta , vivente bensì nel tempo in cui dispose. Ciò premesso trascriviamo i Capitoli del testamento che dan causa alla lite.

Istituisco e faccio in mia universale e generale erede la Signora Orsola Zacaria mia amatissima sorella in tutti, e qualsivogliano miei beni stabili, mobili, oro, argenti lavorati, e non lavorati, scimenti di case, ogli, vettovaglie, eredità, successioni, escadenze, liti, e cause, ed altri qualsivogliano miei beni, che dopo mia morte si trovaranno, ad esserne Signora e Padrona usufruttuaria SUA VITA DURANTE TANTUM, & non ultra. *Dopo la morte della quale voglio, ordino e comando, che tutti li miei beni, ed eredità vadino in beneficio delle Signore Veneranda e Teresa altre mie dilettissime sorelle*, æqualiter, & pro æquali parte & portione *per disponerne a loro libero arbitrio.*

Item voglio ordino e comando, che PREMORENDONO *le suddette Signore Veneranda, e Teresa alla detta Signora Orsola mia universale e generale erede* , IN TAL CASO *dopo la morte della predetta Signora Orsola, da oggi nomino, e sostituisco in miei universali, e particolari eredi li figli maschi solamente , escludendo le femine*

delle predette mie sorelle Veneranda, *e Teresa* æqualiter & pro æquali parte & portione, *cioè per la metà li figli maschi della suddetta Signora Veneranda; e per l' altra metà li figli maschi della suddetta Signora Teresa*, *ad esserne li medesimi veri Signori e Padroni*, *e disponerne a loro libero arbitrio*, *perchè tal'è mia volontà*.

Sopravvisse il Testatore dal 1752. fino a Gennajo 1759., e vide intanto Veneranda premorire a lui in Marzo del 1757., lasciando di se due figli maschi. Indi a' 29. Luglio 1758. premorì Orsola erede usufruttuaria, vissuta sempre nel celibato. E finalmente nel 1759. mancò egli di vivere, superstite solo Teresa altra sua sorella, già Madre di varj figliuoli; e non ostante avesse veduto tal cambiamento, e premorienza, pure non volle o riformare, o mutare la sua testamentaria disposizione.

Nella Bagliva di Lecce si spedì il preambolo *ex testamento* in beneficio di Teresa *pro medietate*, e de' figli della premorta Veneranda *pro alia medietate fol.* : Ma l'istanza in quella Corte non si fece da Teresa; presentolla bensì il di lei figlio D.Serafino Coccioli unitamente co' figli di Veneranda, investendosi del nome della Madre senz' averne mandato, come richiedeasi, speciale *ad petendum præambulum*; e tal quale lo domandarono fu loro accordato dalla Bagliva *fol.*17.: Anzi lo stesso D.Serafino si divise co'suoi Cugini diversi contanti, e mobili ereditarj del Zio.

Qual pregiudizio con simile procedura avesse il figlio arrecato alla madre, ognun lo comprende; ma ella, se ben di là a qualche tempo ne fosse stat' avvertita, subito che fu illuminata del suo dritto, ricorse nel S.C., e domandò deferirsi a lei tutta l'eredità malgrado il preambolo così nullamente spedito. Quindi commessasi la causa al Signor Marchese Ulloa Severino Regio Consigliere, costui regolarmente con suo decreto ordinò, che di bel nuovo intesi tutti gl' Interessati la G.C. della Vicaria il preambolo interponesse *fol.*

Rinovò per tanto la sua petizione in quel Tribunale D. Teresa, perchè intieramente a suo beneficio il preambolo si spedisse esclusi li figli di Veneranda *fol.* ; e pochi mesi prima di trattarsi in Vicaria la causa comparvero anche i figli di Teresa, e con istanza dedussero la controversia tra la loro Madre, ed di lei nipoti *ex sorore*, e soggiunsero, che siccome acconsentivano alla spedizione del preambolo intieramente a pro della Madre; così per contrario, qual'ora si stimasse confermare quell interposto dalla Corte Bajulare, allora *gradatim conditionaliter &c.*

&c. faceano istanza, che nella porzione di Veneranda si spedisse il preambolo anche in lor beneficio *in stirpes*, perchè nella sostituzione eransi essi dal Testatore chiamati copulativamente assieme co' figli di Veneranda *fol.*

Nè la domanda di D. Teresa, nè quella de' suoi figli stimò giuste la Vicaria, e perciò *servatis servandis* a' 29. Novembre del 1760. decretò. *Præambulum qu. Francisci Zacariæ interpositum per Curiam Bajularem Civitatis Litii fol.* 17. *exequatur juxta sui seriem continentiam & tenorem: Verùm non consignetur fides, neque copia inconsulto S.C., sive Domino Causæ Commissario fol.* , dal qual decreto ne ha prodotto il gravame *de V.F.* nel S.C. D. Teresa mediante supplica *fol.* , ed è quello deve ora discutersi.

Donde si fosse indotta la Vicaria a così determinare non è perfettamente a nostra notizia; argomentiamo però, che avesse avuto per vero, che se bene il Testatore chiamò i nipoti figli delle sorelle colla condizione della morte di esse, avvalendosi del numero plurale colle parole *premorendono detta Veneranda e Teresa ad Orsola mia erede, in tal caso dopo la morte di Orsola chiamo i figli maschi di Teresa, e Veneranda;* ciò nulla ostando questo parlare in numero plurale dovesse risolversi *in singularitatem*, di sorte tale che abbia ad interpetrarsi, come se avesse detto: premorendo Teresa sostituisco i suoi figli: e premorendo Veneranda ad Orsola erede istituita, debbano alla porzione che sarebbe spettata a Veneranda, se premorta non fosse, i di lei figli succedere.

Il decidere non di meno tal controversia secondo il debole nostro sentimento dipende dal vedere, chi fu l'erede proprietaria istituita del Testatore: qual sorte di sostituzione fu quella, ch'egli fece a pro de' Nipoti in mancanza delle due sue Sorelle maritate: e qual fosse la sua vera idea. Dimostraremo analiticamente la verità sopra ciascuno de' sopranotati assunti per dedurne poi le giuste conseguenze; e sottomettendo sempre il nostro umil pensare al sublime intendimento del SC., speriamo, che approvandolo abbia il decreto della Vicaria a migliorarsi.

C A P O I.

Attenta la istituzione dell' erede ordinata dal Testatore, D.Orsola fu solamente erede usufruttuaria, e le due altre Sorelle furono le prim' eredi proprietarie.

NOn è inutile, anzi necessariissimo lo assodare questo punto, perchè da esso discendono le conseguenze legali decisive della controversia: Ripetansi le parole del testamento. *Istituisco mia erede universale Orsola mia amatissima sorella in tutti e qualsivogliano miei beni &c. ad esserne Signora e Padrona usufruttuaria sua vita durante tantùm, & non ultra*. Non spiegò d' istituirla anche erede nella proprietà; ed immediatamente continuando il suo testamento soggiunse: *Dopo la morte della quale voglio, che tutti li beni miei, ed eredità vadino in beneficio di Veneranda e Teresa altre mie dilettissime sorelle æqualiter, & pro æquali parte & portione, per disponerne a loro libero arbitrio*.

Questa meno espressiva maniera di disporre, e lo aver il Disponente omesso di dichiarare l' erede proprietario diede ne' tempi antichi occasione di controvertire, se l' usufruttuario s' intenda istituito eziandio nella proprietà; o pure gli eredi proprietarj siano quelli, a' quali ha voluto il Testatore, che pervenissero dopo morto l' Usufruttuario i suoi beni.

Il motivo di dubitare nacque (secondo scrive il *Card. de Luca discurs. 2. de Herede*) dalle due massime legali, cioè la prima, che *proprietas non potest esse in suspenso:* E la seconda, *Nemo potest decedere* (eccettuatine i Militari) *pro parte testatus, & pro parte intestatus*. Quindi per riparare a questi due dissordini, che nascerebbero dall' aver omesso il Testatore di spiegare l' erede proprietario, anno gli Autori promossa, ed esaminata simile controversia, la di cui risoluzione dice il *Card. de Luca loc. cit. n.1.* esser profittevole specialmente *ad effectum pluries insinuatum super caducitate, quando casus præbeat præmorientiam secundi hæredis, quem testator speraverit primo superstitem fore*.

E ci avvertisce, che *frequentiùs de ista quæstione agi contingit, quoniam uxorati præsertim consuetudinem habent instituendi uxores hæredes usufructuarias ad vitam, atque post earum mortem dandi hæ-*

redem

redem in proprietate : non quòd in Uxoribus aliquid peculiare in jure statutum sit; sed quia est frequentior contingentia . Ideoque intrat quæstio, an vocatus post mortem primi bonorati, jure substituti, ac secundi bæredis potiùs, quàm primi & directi bæredis loco babendus veniat, vel e converso, ad plures effectus exinde resultantes.

Entrando poi all' esame del dubbio scrive nel *n.* 4. *Dicebam scribens pro muliere etiam in sensu veritatis*, (si noti, che difendea l'erede usufruttuaria, onde premea al Cardinal *de Luca* fondare, che fosse ben anche istituita erede nella proprietà) *quod licet apud Antiquiores magna involutaque fuerit dicta quæstio, in qua Doctores binc inde per classes scissi sunt ;* Come in effetto egli rapporta i seguaci dell'una e dell'altra opinione.

Attamen bodie ex magis communi & vera receptum est in Foro pro regula, ut bæres institutus in usufructu babeatur loco legatarii vel bæredis particularis: Ille vero, qui in proprietate substitutus est, censeatur primus ac directus bæres ab initio, juxta plenè firmata per Bellonum, Capiciumlatro, Marcianum &c. Opinione, la quale nel fine del *n.* 4. afferma, essere ricevutissima, e perciò conchiude. *Hanc opinionem perpetuò tenuit Rota Rom. præsertim a tempore, quo coram* Merlino *articulum ex professo disputavit, ut apud eum decis.*505.,*repetita in decis.* 22. *Part.*6. *recentior.,dec.* 120.& 172. *Part.*9. *cum aliis relatis in dicta* Imolensi *prædii sub tit. de legitima & detract. discurs.* 33.

Tratta la stessa quistione Bellone *de jure accresc. cap.* 7. *quæst.* 16. *n.*223. *& seq.*, e non solo è del medesimo sentimento del *Card. de Luca*; ma eziandio aggiugne, che l' erede invitato a succedere dopo la morte dell' erede usufruttuario, può adire immediatamente l' eredità, senza però intanto riceverne il comodo de' frutti per la seguente ragione nel *n.*134.

Quia institutio bæredis licet, inspecto cortice verborum, videatur esse conditionalis, tamquam collata post Uxoris mortem, & sic in diem incertum, qui conditionem in testamento facit; tamen inspecta mente testatoris pura censetur.

Quia testator qui uxori legat usumfructum, & post ejus mortem instituit extraneum bæredem, non censetur adjicere tempus mortis, ut suspendat existentiam institutionis, sed ut in commodo usufructus præferat uxorem. Mens enim ejus est, ut quamdiu vivet uxor, ipsa toto potiatur usufructu, nec ab bærede turbetur; & bac ratione instituit eum post uxoris mortem, non ut suspendat institutionem quoad effectum adquirendæ bæreditatis, sed ut denotet, ea vivente bæredem nullum commodum usufructus consequi debere.

 Hanc

Hanc autem esse mentem testatoris probatur ex eo, quia qui vult consequens censetur velle & omne necessarium antecedens L. . . . . Sed Legatum usufructus est consequens; institutio vero antecedens, quia usufructus non potest deberi, nisi prius adeatur hæreditas, & sic institutio effectum habeat. Ergo testator eo ipso, quod vult Legatum deberi purè, & statim, censetur etiam per necessarium antecedens velle, ut pura quoque sit institutio, et sic ut hæres statim adire possit.

Alioquin, si vellet institutionem in tempus mortis differre, efficeret, ut legatum usufructus esset inutile, quod quia non est verisimile, cum nemo censeatur, eligere viam ad impugnanda sua judicia L.3. ff. de milit. test., ideo non est præsumendum.

Anzi l' adizione dell' Erede suddetto vivente l'usufruttuario è utilissima, e da non doversi trascurare, perchè (siccome avvertisce *Marciano* il giovane nella *disputazione 99.*) s' egli premuore all'usufruttuario non può trasmettere l' eredità al suo erede, ma si fa luogo al *jus accrescendi* in beneficio dell'usufruttuario istesso, a cui si acquistarebbe la proprietà: *Bene verum est, & in hoc omnes concordant, quod si hæres hic institutus post mortem usufructuariæ, qui secundum hanc ultimam opinionem poterat a principio etiam usufructuaria vivente adire hæreditatem, illam non adierit, nec fecerit aliquem actum, ex quo hæreditatis aditio aliquo modo induci possit, & præmoriatur usufructuariâ vivente, tunc ad suos hæredes transmittere illam non valebit, sed accrescet usufructuariæ, ac si a principio fuisset hæres instituta in totum, ut post supradictos concludit idem Præses Bellone dict. quæst. 16. n.343. & seq. Sic fuit decisum* (notò nel fine della sua disputazione) *per M. C., & immissi fuerunt hæredes Blancha Cattaneæ in possessionem prædictorum bonorum.*

Il Regente *Capecelatro* seguita la stessa sentenza nella sua *Consultazione 112.* ove nel *n.12.* trascrive le parole del testamento di D. Geronimo Exarques similissime a quelle, di cui trattiamo, conchiudendo, che il chiamato a succedere dopo l' usufruttuario sia il primo erede istituito nella proprietà specialmente, quando l' usufruttuario è stato istituito nell' usufrutto universale colla particola *vitâ durante tantum.*

Ricevono queste dottrine maggior conferma da una riflessione di fatto. Il testatore, quando volle ordinare la sostituzione, si avvalse della parola *SOSTITUISCO*, come praticò nell' invitare i figli delle sorelle sue eredi proprietarie nel caso da lui proveduto: Tal' espressione all' incontro non usò nel chiamare le sue sorelle maritate dopo la morte dell' usufruttuaria;

 poic-

poichè diſſe, *morendo Orſola tutti li miei beni*, *ed eredità vadano a Tereſa e Veneranda*. Queſta diverſità di termini conferma la diverſità della ſua idea, che Veneranda ed Orſola foſſero prime ſue eredi, cioè iſtituite da lui immediatamente nella proprietà, non già ſeconde eredi, e ſoſtituite.

Moltiſſimi altri Autori potrebbero allegarſi, e traſcriverſi, ma perchè ſono maeſtrevoli le autorità del *Card. de Luca*, di *Bellone*, di *Capecelatro*, e di *Marciano*, i quali ne citano lungo Catalogo, perciò ſi omettono per amor della brevità. Baſtandoci ripetere, che ſenza eſitazione oggi è ricevuta nel Foro queſta opinione, come un Canone nel giudicare e nel conſigliare; di modo che l'Erede univerſale uſufruttuario ſempre ſi è riputato per ſemplice legatario, o erede particolare, quando dopo la di lui morte ſi ſono iſtituiti altri eredi, ancorchè il Teſtatore abbia omeſſo di nominare l' erede proprietario durante la vita dell' erede uſufruttuario.

Ed acciò ſi prevenga ogni equivoco che ſi poteſſe metter in mezzo dal Contradittore, avvertiamo, che nel ſolo caſo, in cui il Teſtatore abbia pregato *per Fideicommiſſum* l' erede uſufruttuario reſtituire ad altri la ſua eredità, ſi riputa l' uſufruttuario iſtituito anche erede *in proprietate*, ſiccome ſta determinato nella *leg. Species auri*, & *argenti ff. de auro*, *argento*, & *Mundo Legato*: la ragione ſi è, perchè dovendo egli reſtituire all' ulteriore chiamato anche la proprietà, deve neſſariamente averla prima acquiſtata *per aditionem*, altrimenti non potrebbe reſtituirla. Queſto caſo però non ſi verifica nella ſpecie noſtra, perchè D.Franceſco Zacaria non pregò Orſola uſufruttuaria, nè l' obbligò alla reſtituzione in beneſizio delle ſue ſorelle; madirettamente le chiamò a ſuccedere a lui, e ne'ſuoi beni.

Fu dunque Orſola Zacaria non già l' erede proprietaria dal ſuo fratello, ma una legataria o al più un' erede particolare nell' uſufrutto: E l'eredi proprietarie *ſub conditione*, o ſia *ſub incerto tempore mortis* furono le altre due ſorelle Tereſa, e Veneranda, le quali ſe bene aveſſero potuto adire l' eredità vivente Orſola uſufruttuaria; ad ogni modo, perchè il Teſtatore morì dopo di Orſola, ed anche dopo di Veneranda una dell'Eredi iſtituite in proprietà, non potè Veneranda adire la ſua ereditaria porzione.

Da queſte ſodiſſime dottrine naſcono le infraſcritte conſeguenze. La prima: Veneranda premorì ad Orſola, anzi al Teſtatore, nè mai adì l'eredità di coſtui. Dunque non potè traſmetterla a' ſuoi figli; onde poſſano queſti *jure tranſmiſſionis* pretendere la porzione della di loro madre. A 4 La

La seconda: che per la premorienza di Orsola al Testatore non si caducò l' istituzione dell' Erede a prò di Veneranda e Teresa, perchè queste non furono seconde eredi, di maniera che la loro istituzione, come di secondo grado, fosse dipendente dalla istituzione di Orsola; ma furono prime eredi direttamente, e principalmente istituite nella proprietà.

La terza: che per la premorienza di Veneranda al Testatore, l'istituzione dell' Erede non si caducò, perchè sopravisse Teresa una dell' Eredi istituite insieme con lei; e perciò per aperta disposizione legale la porzione di Veneranda premorta a D.Francesco, si accrebbe a Teresa.

Le due prime conseguenze colle soprascritte autorità si sono dimostrate sussistenti e vere in legge; rimane a fondarsi la terza, cioè; che *jure accrescendi* la porzione di Veneranda premorta spetti a Teresa.

La caducità, che nelle antiche leggi de' Romani fu molto in uso, venne poi tolta da *Giustiniano* colla rinomatissima legge *unica* sotto al titolo del *Codice de Caduc. tollendis*. E per decidere anche le caducità introdotte dalla premorienza di uno de' Coeredi al Testatore prescrisse, che in tal caso la porzione del premoriente accrescesse all' altro istituito congiuntamente, ancorchè costui ripugnasse. *His ita definitis* (parole della legge) *cum in superiori parte nostræ Sanctionis in pluribus locis* CONJUNCTI *fecimus mentionem: necessarium esse duximus, omnem inspectionem hujus articuli latius, & cum subtiliori tractatu dirimere, ut sit omnibus & hoc apertissimè constitutum. Non enim tantum conjunctivo modo quædam relinquuntur, sed etiam disjunctivo. In his itaque siquidem cohæredes sunt omnes conjunctim, vel omnes disjunctim, & vel instituti, vel substituti, hoc quod fuerit quoquo modo evacuatum, si parte hæreditatis, vel partibus consistat, aliis cohæredibus cum suo gravamine pro hæreditaria parte, etiam si jam functi sunt, adquiratur, &* HOC NOLENTIBUS IPSO JURE ADCRESCAT, *si suas portiones jam agnoverint; cum sit absurdum ejusdem hæreditatis partem quidem agnoscere, partem verò respuere, secundum quod in divinis nostri Numinis decisionibus statutum est. Sin vero quidam ex hæredibus institutis vel substitutis permixti sint; & alii conjunctim, alii disjunctim nuncupati: tunc si quidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omni modo ad solos conjunctos cum suo veniat onere, idest pro parte hæreditatis, quæ ad eos pervenit*. E ne adduce la ragione: *Quia Conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, & partem conjunctorum sibi hæredum quasi suam*

præoccupant . Raggione avvertita pure nella *l.* 5. *ff. de Condition. Institut.*

Dopo questa legge può cumulare infiniti Interpetri , Consulenti, e Decisionanti chiunque abbia il piacere di formar voluminose allegazioni, ma noi siam contenti di aver trascritto solamente la detta legge , potendo chi è curioso di altre autorità riscontrare coloro , che ne' luoghi poc' anzi citati rapportansi da *Bellone*, *Capecelatro* e *Marciano*, dal *Card. de Luca*, *Vinnio*, e generalmente dagl' Interpetri sopra la detta *l. unica Cod. de Caduc. tollen.*

Che Teresa e Veneranda sieno eredi congiontamente istituite da D. Francesco apparisce dall' averle *eodem sermone*, e colla particola congiuntiva *Et* istituite ambidue ugualmente . Dunque la porzione di una, che premuore o manca, deve per legge accrescere all' altra . Che anzi riguardo a Teresa cessa ogni disputa; perchè non vi è altro coerede scritto dal Testatore insieme con lei, se non la sola Veneranda, le qual' essendo premorta, è rimasta Teresa sola, che può venire *jure accrescendi* senza controversia, e senza concorso di altro Coerede.

Attendendosi dunque a ciocchè fin' ora si è debolmente allegato, Veneranda quantunque scritta erede in primo grado riguardo alla proprietà da D. Francesco suo fratello , non potè giammai esserli erede , perchè li premorì al , e si caducò la sua istituzione ; cosicchè non trasmise la porzione le sarebbe spettata in beneficio de' suoi figli; stante per massima legale , *hæreditas non adita* (intendendosi dagli eredi estranei come fu Veneranda rispetto al fratello) *nunquam transmittitur*,

Replicaranno forse i dilei figli che non pretendono la metà dell' eredità *jure transmissionis* , ma *jure proprio & ex propria persona* , perchè sostituiti dal Testatore alla lor madre. Ma questa è una impresa più disperata della prima, siccome nel seguente Capitolo farem vedere.

CAPO II.

Non si è verificato il caso della sostituzione, e molto meno la condizione, sotto di cui il Defunto sostituì i figli di Veneranda.

SE mai può questo dritto appartenere a' figli di Veneranda perchè dal testamento deve ricavarsi, perciò ne ripetiamo le parole, che alla sostituzione di essi concernono.

Item voglio che PREMORENDONO Veneranda, e Teresa ad Orsola mia erede generale; IN TAL CASO DOPO LA MORTE DI ORSOLA da oggi nomino, e sostituisco in miei eredi universali li figli maschi solamente, escludendo le femine di detta Veneranda e Teresa; cioè per metà li figli maschi di Veneranda, e per metà li figli maschi di Teresa, ad esserne li medesimi veri Signori e Padroni, e disporne a loro arbitrio sol.

Chi esamina con attenzione simili parole ritrova, che il caso della sostituzione apprò de'figli di Veneranda non si è verificato, e molto meno è avvenuto quello, che il Testatore si figurò dover avvenire. Egli considerò, che dovesse sopraviverli Orsola, e che costei avesse già adita la sua eredità; e perciò nel sostituire i Nipoti la nominò colla caratteristica di *mia erede Universale*. Considerò il caso, che prima di Orsola sua erede usufruttuaria fossero premorte le due Coeredi proprietarie Veneranda, e Teresa; ed allora sostituì loro i figli maschi di ciascuna, restringendo la sustituzione in questo solo precisissimo caso attente le parole: *IN TAL CASO DOPO LA MORTE DI ORSOLA SOSTITUISCO, E NOMINO LI FIGLI &c.*

Insegnano i Dottori, venir proibita qualunque interpretazione estensiva della volontà del Testatore, quando senza passar più oltre egli ha ristretta ad un caso certo e determinato la sua disposizione, altrimenti il Giudice, non il Defunto disporrebbe, e s' istituirebbe l' erede. Questa restrizione la dimostrano senza lasciarci atomo di dubbio le parole *IN TAL CASO*, siccome riflettendo ad esse notò *Peregrino de fideicom. art.13. n.65.*, le cui parole più appresso nel seguente Capitolo si trascriveranno,

Ancarano, *Menochio*, *Fusario*, *Mantica*, e moltissimi altri da *Peregrino* allegati nel detto *n.65*.

Non si avverò mai il caso da lui individuato, perchè se bene Veneranda fosse premorta ad Orsola; ad ogni modo non era premorto il Testatore, nè mai Orsola era stata sua erede, perchè premorì a lui. Dunque se il caso figurato fu solo quello di morir egli prima, sopravivendoli l' erede usufruttuaria, e che poi fossero premorte a costei le due sue eredi proprietarie: E questo non si è verificato nella maniera ch' egli lo escogitò, e colla clausola ristrettiva nel testamento lo espresse: Non possiam noi stenderlo per via d' interpetrazione, e di presunta volontà ad un altro caso da lui non spiegato

Molto meno questa interpetrazione ci si può permettere, quando vi è concorsa una verisimile causa di disporre ristrettivamente in quel caso particolare, e non in altro quantunque simile. D. Francesco conservava tutto il suo affetto per la persona delle sorelle, e queste volle principalmente beneficare, non i Nipoti; in fatti nel parlarne, chiamolle una volta *AMATISSIME*, altre volta *DILETTISSIME*, delle quali tenere espressioni non fece uso, quando nominò i Nipoti. Ecco il motivo perchè restrinse la sostituzione de' Nipoti nel solo caso, che fossero morte già tutte le sue sorelle, cioè le due eredi proprietarie, indi l'usufruttuaria, perchè allora, non essendovi più al mondo le sue *amatissime* e *dilettissime* sorelle, dovessero i Nipoti avere il suo retaggio. Potea in concorso di una sorella superstite invitar eziandio i Nipoti, e molto più potea dichiararlo, quando vidde trapassate Orsola e Veneranda prima della dilui morte, sopravivendoli solo Teresa, e li Nipoti figli di Veneranda; e non lo fece. Dunque non è giusto, nè proprio distender la sua volontà, e dare a' Nipoti la metà della roba, escludendone la sorella.

Fingasi però, che la sostituzione de' Nipoti siasi ordinata anche ne caso della premorienza dell' Erede usufruttuaria, e di una dell Eredi proprietarie al Testatore, quantunque diversamente costui si figurò il caso, non può niegarsi che sia questa una interpetrazione; non già una volontà espressa; e la sostituzione sarebbe interpetrativa, non dispositiva: Ciò però non ostante il caso della chiamata non si sarebbe verificato, perchè tutte e due le proprietarie non premorirono all' usufruttuaria, ed al Disponente; ma ve ne restò una superstite, la quale sola de-

ve

ve succedere , ed esclude i Sostituiti.

Di che qualità ella sia la sostituzione suddetta non è fuor di proposito, anzi è necessario d' indagare . Certamente , che non è sostituzione fedecommessaria , perchè oltra al non adattarvisi li termini , co' quali è concepita , non si vede ingionto alle due sorelle proprietarie istituite il peso di restituire l' eredità a' Nipoti sostituiti : E poi esclude qualunque fedecommesso la facoltà , che accorda il Testatore alle due eredi di poter disporre di tutto a loro arbitrio . Facoltà che non può star insieme col fedecommesso restitutorio.

Che anzi nemmeno i figli di Veneranda la desiderano sostituzione fedecommessaria, perchè sarebbe senz' alcun dubbio caducata . E' massima in legge , che dovendosi il fedecommesso ricevere dalla mano del primo erede, quando la istituzione è caducata , e per la sua premorienza non può il primo erede istituito adire l' eredità , svanisce la sostituzione fedecommessaria , come dipendente , ed accessoria dalla prima istituzione *l.* 142. *ff. de regulis juris*, ivi: *Si nemo subiit hæreditatem*, *omne jus testamenti solvitur*. *Institutionum lib.*2. *cap.*17. §.2., *Vinnius Instit. dicto lib.*2. *tit.*5. *vers. his casibus pater familias*.

Attendendosi alle parole , ed alla volontà del defunto D. Francesco, la sostituzione a prò de' nipoti, morendo le sue sorelle Veneranda , e Teresa, fuor di dubbio è sostituzione volgare , la quale ordinariamente si fa nel caso , in cui il primo istituito non sia erede, e non adisca l'eredità, perchè non possa, o non voglia , tal' essendo per aperta disposizione di legge l' indole della sostituzione volgare . *Institutionum lib.*2. *tit.*15., *&* *titulo de Vulgari & pupillari substitutione*, *Vinnius Institut. lib.*2. *tit.*10. *n.*3., *Perez. in lib.*28. *Cod. tit.*6. *&* 8.

Tal dunque riputar dovendosi la sostituzione, di cui si tratta, esaminiamo se, essendo la sostituzione de' Nipoti concepita sotto la condizione copulativa della morte di Veneranda e Teresa, e colle parole *PREMORENDONO*, ed *IN TAL CASO*, possa dirsi verificata la condizione colla morte di Veneranda solamente sopravivendo al Testatore Teresa altra erede istituita. Che l' idea del Testatore fosse stata di mettere in condizione la morte di ambedue le sorelle, lo manifesta la parola *PREMORENDONO*. Questa in italiana favella non si può applicare se non a più persone; poichè quando il discorso vuol indrizzarsi ad una sola persona, si usa la voce *PREMORENDO* , non l' altra *PREMORENDONO* mai usata , quando si parla di un solo.

Che l'idea del Defunto stata fosse di sostituire i nipoti nel caso della pre-

premorienza di tutt'è due le sue sorelle, lo dimostrano le parole *In tal caso*; poicchè, se la condizione fu comprensiva della morte di tutt' e due, e la chiamata, o sia sostituzione fu ristretta colle parole *in tal caso*, la mente del Testatore fu, che nel solo caso di trovarsi premorte così Veneranda come Teresa dovessero i figli succedere; ma qual' ora di esse una si trovasse vivente, costei come sorella a lui più prossima, dovesse in tutto succedere esclusi i Nipoti.

Questo raggionamento confermasi da due notevolissime circostanze, primieramente dall' amore del Testatore verso le medesime, appellate col epiteto di *amatissime*, e *dilettissime*, come non chiamò mai i Nipoti; e dalla facoltà che diede ad esse loro di arbitrariamente disporre de' suoi beni senza vincolo di restituzione a prò de' Nipoti. Circostanze le quali ci accertano, aver il Disponente pensato a gratificare le sue sorelle in esclusione di chiunque, trovandosi esse viventi, ed i Nipoti averli sostituti, quando, premorte le medesime fosse, l'eredità sua rimasta senza erede; giacchè Orsola erede istituita nell' usufrutto era una semplice legataria, o al più una erede particolare.

Secondo il nostro debole intendimento tal ci sembra che fosse stata la volontà di D. Francesco. Comunque però siasi, egli è certo, che essendo la sostituzione volgare sotto la condizione della morte di ambedue le sorelle Veneranda e Teresa, non si è per legge verificata giammai, perchè amendue non premorirono. Chiaro egli è il testo della *l. Cum quidam penultima, Cod. de impub. & aliis substit.* ivi: *Cum quidam duobus impuberibus filiis suis hæredibus institutis adjecerit, si uterque impubes decesserit, illum sibi hæredem esse: Dubitabatur apud Antiquos legum auctores; utrumne tunc voluerit substitutum admitti, cum uterque filius ejus in prima ætate decesserit; an alterutro decedente illico substitutum in ejus partem succedere? Et placuit Sabino, substitutionem tunc locum habere, cum uterqua decesserit: Cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in ejus portionem succedere. Nos ejusdem Sabini sententiam veriorem existimantes, non aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima ætate decesserit.*

Siccome tal fu la determinazione legale in un testamento del Padre rispetto a' figli, tal pure fu in un altro ordinato da un estraneo nella *leg. quidam testamento ff. de Vulgari & pupillari substit. Quidam testamento Proculum ex parte quarta, & Quietum ex parte dimidia & quarta hæredem instituit* (come appunto il nostro Difunto per metà istituì una sorella nella pro-

prie-

prietà, per metà l' altra) *Quieto Florum*, *Proculo Sosiam haeredes substituit*. (circostanza molto notabile, perchè discretivamente fece le sostituzioni all'uno Erede, ed altro, lo che opera di amettersi ciascuno de' sostituti a ciascuno degli eredi; e questa circostanza non concorre nel caso nostro) *Deinde si neque Florus neque Sosia haeredes essent*, *tertio gradu ex parte dimidia & quarta Coloniam Leptitanorum*; *& ex quarta complures haeredes substituit in plures*, *quàm tres uncias*. Ecco la terza sostituzione colla particola copulativa *neque*, siccom' è nel caso nostro.

Quietus (continua il testo) *haereditatem adiit*: *Proculus*, *& Sosia vivo Testatore decesserunt*. *Quaeritur quadrans Proculo datus ad Quietum*, *an ad Substitutos tertiò gradu pertineat*? Riflettasi, esser questo caso simile al nostro, perchè vivente il Testatore morì Proculo erede, e Sosia uno de' sostituiti superstite il Coerede *Quieto*, siccome Orsola erede usufruttuaria, e Veneranda proprietaria sono premorte a Francesco Zacaria, sopravivendo a costui solo Teresa sua sorella, e Coerede.

Giuliano decide così: *Respondi eam videri voluntatem Patris familias fuisse*, *ut in tertio gradu scriptos haeredes ita demum substituerit*, *si tota haereditas vacasset*. Conferma questa sua decisione *Giuliano* dal riflettere, che il Testatore avea divise tra li sostituti più delle 12. oncie che compongono l' asse; e poi conchiude; *& idcirco partem quartam haereditatis*, *de qua quaeritur*, *ad Quietum pertinere*.

Questa per l' appunto è l'efficacia della particola congiuntiva *Et*, o della *Copula* negativa *neque*, la quale, accoppiando le condizioni tra di loro, richiede, che ambedue debbano verificarsi, come decise *Scevola* nella *L.* 129. *ff. de Verbor. obligat. Si quis* (parole del testo) *ita stipulatus fuerit*: *Decem aureos das*, *si navis venit*, *& Titius Consul factus est*: *Non aliter dabitur*, *nisi utrumque factum sit*. *At si sic*: *Dabis*, *si navis venit*, *AUT Titus Consul factus sit*: *sufficit unum factum*. Come sarebbe nel caso nostro bastato ad ammettere i Nipoti, se avesse detto il Testatore: *Premorendo Veneranda*, *o Teresa*.

Non è difficile dopo la determinazione chiarissima di queste leggi trascrivere altre autorità e degl' Interpetri, e de' Forensi. Il *Card. Mantica* nel suo trattato *de Conjecturis ultimarum voluntatum lib.* 11. *tit.* 5. *per totum* propone, e decide diversi casi. Porta egli nel *n.* 3. il primo caso, quando la sostituzione si è fatta a più semplicemente, e senza nominarli *v. g. Titius*, *Sejus*, *& Maevius haeredes sunto*; *& si haeredes non*

erunt Sempronius hæres esto ; e risolve, esser necessaria la morte di tutti gli Eredi per succedere il Sostituto. Indi passa al caso, in cui il Testatore nomina quei a' quali sostituisce, e lo risolve così : *Secundus casus est, quando vulgaris substitutio pluribus facta est copulativè, veluti si Titius, & Sejus hæredes non erunt : Et tunc nulla est dubitatio, quin conditio debeat impleri in utroque, ut substitutus admittatur.*

Il dottissimo *Gomesio* nelle sue *Risoluzioni* al *Cap.*3. nel *n.*34. decise la medesima questione: *Item quæro, si Testator instituit duos, vel plures hæredes, & eis dedit substitutum vulgarem ; & unus eorum repudiet, vel aliter non sit hæres, alii vero adjerint, & sint hæredes: num substitutus admittatur ad partem ejus qui repudiavit, & non fuit hæres, an vero admittantur cohæredes, & per consequens ita demum admittatur substitutus vulgaris, quando omnes repudient, & non sint hæredes : Et similiter, an expiret substitutio vulgaris per aditionem unius ex hæredibus ?*

Breviter, & resolutivè dico, quod si his duobus, vel pluribus hæredibus est facta substitutio vulgaris copulativè, vel conjunctim dicendo : Instituo Titium, & Sejum ; & si Titius, & Sejus non fuerint hæredes, vel si nec Titius, nec Sejus fuerint hæredes, vel si dicti non sint hæredes substituo Cajum : Tunc requiritur, quod uterque repudiet, & nullus eorum sit hæres ; sed uno adeunte extinguitur substitutio, quia deficit conditio substitutionis, qua voluit Testator, quod ita demum per substitutionem admittatur, quando omnes repudient, & non sint hæredes. E perciò ripetiamo, che si valse il Testatore della voce *PREMORENDONO*, per spiegare, che volea la premorienza di tutte e due le sorelle per farsi luogo alla sostituzione.

La ragione legale delle soprascritte determinazioni si è, perchè l' impegno del Testatore nell'ordinare la sostituzione specialmente volgare, altro non è, che di avere il secondo erede, il quale mancando il primo possa adire l' eredità, acciò non rimanga vacante e giacente caducandosi la sua disposizione. Questo fine lo conseguisce, quando mancato gia uno de' Coeredi l' altro sopravive, senza aver bisogno che il Sostituito succeda, perchè in tal caso si dà luogo al *jus accrescendi* in virtù della *leg. unica §. his ita Cod. de Caducis tollendis*, le di cui parole pocanzi avemo trascritte; nè si fa luogo giammai alla sostituzione ordinata sotto la condizione copulativa della morte di due, se muoja un solo, poichè giusta il sentimento di Paolo nella *l.*5. *ff. de Conditionibus Instit. Si hæredi plures conditiones conjunctim datæ sint, omnibus parendum est, QUIA UNIUS LOCO HABENTUR. Si disjunctim sint : Cuilibet.*

Sen-

Senza recitare nojosamente le moltissime altre consimili autorità, possono leggersi. *Perezio* ne' commenti al *Cod. tit. de Impub. & aliis substit. d. l. cum quidam n.* 4. il *Card. de Luca de Fideicomm. discurs.* 120. *n.*2. *& seq. & discurs.*88. *n.*5., *Vivio decis.* 346. *n.*2., *Practica Papiens. fol. mihi* 130. *n.*27., *Cancer. Cap. DE SUBSTIT. n.* 34., *Grazian. discept.*288. sopra cui il *Can. de Luca n.*2., *Mantica de Conjectur. ultim. volunt. lib.*4. *tit.* 2., *& lib.*11. *tit.*5., e *Fusar. de substit. quaest.*44.

Pruovano le citate leggi, e dottrine il nostro assunto, cioè di non essersi verificata la sostituzione a prò de' figli di Veneranda, e perciò venir' esclusi totalmente da D. Teresa nel succedere all' eredità di Francesco Zacaria.

TErminaremo questo secondo Capitolo col farci carico del *testo* che sembra contrario nella *l. haeredes mei §. cum ita ff. ad Senat. Consul. Trebell.* ove *Papiniano* così decise il caso ivi proposto. *Cum ita fuerit scriptum : Fidei filiorum meorum committo, ut si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat. Quod si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem haereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo. Defuncto altero, superstite filio; Novissimo autem sine liberis : Neptis prima quidem facie propter conditionis verba admitti non videbatur; Sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi, cessante prima substitutione partis, Nepti portionem denegari, quam totum habere voluit Avus, si novissimus fratris quoque portionem suscepisset.*

Tanto è lontano, che questa legge sia contraria al nostro assunto, quanto è vero di aver per indubitata la necessità di verificarsi la morte di ambidue, allorchè copulativamente si è posta nella condizione : In fatti *Papiniano* lo avvertì nelle parole : *Neptis prima quidem facie propter conditionis verba non admitti videbatur*. E solo a decider diversamente s' indusse, perchè considerò, che se tutta l' eredità avea lasciato l' avo alla sua Nipote, maggiormente creder si dovea di averla sostituita a ciascuno de' suoi figli morendo senza figliuoli, e così la pluralità della morte *favore descendentis* la risolvè *in singularitatem*.

Ed in effetti *Giacomo Cujacio* nel *lib.*8. *responsorum Papiniani* riflette : *Si verba substitutionis spectes, substitutio locum non habet, quia uterque filius non decessit sine liberis, sed novissimus tantum; & Neptis ita substituta est, si uterque sine liberis vita decederet : At si voluntatem spectes, quae etiam in fideicommissis potissimùm intuenda est, l. cum virum Cod. de fideicommiss., vi-*

detur testator ad neptem voluisse partem pertinere , cum & ad eam totam hæreditatem pertinere voluerit , si in partem primi secundus ex fideicommisso succederet; quod cum non evenerit, sed primo successerit filius suus; deinde secundo moriente sine liberis, æquum est , aut verisimile est , voluisse Testatorem hoc casu, eam venire in partem secundi , quam illo casu voluerit venire in totum; Concludit igitur Papinianus neptem in portionem secundæ substitutionis jure admitti , & excludere filium fratris , qui JURE LEGITIMO contendebat se patrui hæredem esse. Riconosce adunque *Cujacio* il dritto legitimo , e l'assistenza della legge a prò del figlio coerede in esclusione della nipote sostituita , e confessa il *Responso* di *Papiniano* per singolare in quell' unico caso.

E vaglia il vero, non è la prima volta che la qualità di descendente *in potestate testatoris* (com'era la Nipote rispetto all'Avo) ha oprato nell'interpetrarsi le ultime volontà effetti singolari, non adattabili alle disposizioni degli Estranei rispetto agli eredi stranieri. In fatti lo stesso *Papiniano* nella *l. Cum Avus ff. de Condit. & demonstr.* ebbe a dire *plus dictum, quam scriptum* nell'interpetrare il Testamento del Padre a prò de' figliuoli; perlochè questa è una legge singolare nel caso suo , concorrendovi cioè la qualità di descendente nel sostituto , e le circostanze di aver l' ascendente fatta la sostituzione *in integra hæreditate* , per potersi dal tutto argomentare alla parte , e dire, che, se volle l' avo dare alla nipote tutto il suo retaggio verificandosi interamente la condizione, debba presumersi, che anche la porzione dar le volle , se non in tutto , ma in parte la condizione si verificava.

Noi nè l' una , nè l' altra circostanza troviamo a prò de' nipoti sostituiti : Non la prima perchè il Testatore non è ascendente ; nè gli eredi , e molto meno li sostituti sono discendenti: Non la seconda , perchè il Testatore sostituì li figli di Veneranda non *in tota hæreditate* , ma nella metà , atteso nell' altra metà sostituì li figli di Teresa: Dunque il responso di *Papiniano* non è adattabile al caso nostro ; e se quell' acutissimo ingegno fosse stato interrogato sopra il caso presente , avrebbe senza meno risposto per Teresa coerede superstite in esclusione de' fratelli dell' Elmo sostituiti.

Francesco Duareno nel Commento al *titulo* delle Pandette, *de vulgari, & pupillari substitutione* al *cap.* 15. si fa carico dell'antonomia di questa legge *hæredes mei* coll'altra del Codice, e la risolve col dire, che il Responso di *Papiniano* tratta di sostituzione fedecommessaria rispetto alla quale essendosi adita già la porzione ereditaria dal primo erede, si deve restituire al sustituto dopo la di lui morte, quan-

tunque non fossero estinti ambedue i primi eredi : ma la legbe del *Cod.* tratta di sostituzione diretta al testatore, la quale mai si verifica, se intieramente non sia evacuato il primo grado dell' istituzione.

Risolve parimente così la sudetta antonomia *Antonio Perez* nel Commento al titolo del *Cod. de Impuberum*, *&* *aliis substitutionibus n.26.* E prima di questi così pure l' avea sciolta. *Bartolo* nel *Commento* che fa alla citata *leg.* 57. ; sebbene varie altre maniere egli escogitò per conciliare colla legge del *Cod.* le discordanti leggi dei *Digesti*.

La miglior risposta per toglier la credut' antinomia è quella, che ci somministra la Storia legale tratta dalle cennate due leggi. Il responso di *Papiniano* nel §. *cum ita* della *l. hæredes mei ff. ad Trebellianum*, come quello, ch' è nelle *Pandette*, fu derogato da *Giustiniano* nel *Cod.* colla *l. cum quidam*, *De impuberum & aliis substit.* Decise egli l'antica disputa tra i *Proculiani*, e *Sabiniani* : Li primi, come fu *Papiniano*, lasciando le parole del testamento, seguivano sempre il senso, e la mente del Testatore : Ed i *Sabiniani*, tra' quali fu *Giuliano* (secondo avvertisce l'eruditissimo *Gravina*, *de origine juris fol.* 35. *&* 36. edizione di Napoli 1723.) erano soverchio attaccati alla lettera del testamento.

Queste due Scuole risvegliaron la controversia, sostenendola ciascuna di esse vigorosamente, tanto, che *Giustiniano* dopo aversi proposto il caso. *Cum quidam duobus impuberibus filiis suis hæredibus institutis adjecerit, si uterque impubes decesserit, illum sibi hæredem esse* ; soggiunse poi l' antica disputa così : *Dubitabatur apud antiquos legum Authores, utrumne tunc voluerit substitutum admitti, cum uterque filius ejus in prima ætate decesserit, an alterutro decedente illicò substitutum in ejus partem succedere?*

Rapportò *Giustiniano* l'opinione di Sabino. *Et placuit Sabino substitutionem tunc locum habere, cum uterque decesserit; cogitasse enim patrem filio decedente, fratrem suum in ejus portionem succedere*.

Dopo tutto ciò Egli decise il dubbio colle seguenti parole. *Nos ejusdem Sabini sententiam veriorem existimantes, non aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima ætate decesserit*.

Dov' è dunque l' antinomia de' due testi contrarj ? Che anzi la legge del *Codice* è decisiva dell' antica disputa, ed è correttoria de' *Responsi* di que' Giureconsulti antichi, che si opponeano alla sentenza di *Sabino*, seguitando l' altra di Proculo,

co-

come appunto era *Papiniano*, il di cui *responso*, abbenche leggasi compilato nelle *Pandette*, non ha forza da vincere la legge del *Codice* posteriore, e correttoria, in vigor della quale per farsi luogo alla sostituzione è necessario, che l' uno e l' altro erede posti in condizione muojano; altrimenti quell' uno de' Coeredi, che sopravive esclude il Sostituto, e succede nella intiera eredità *jure accrescendi*, *aut non decrescendi*.

Crediamo da tutto ciò aver posto in chiaro, che non si è verificato il caso della sostituzione a prò de' figli di Veneranda, ed in conseguenza il preambolo interposto dalla Vicaria debba emendarsi, ordinando, che in beneficio della sola D. Teresa s' interponga.

C A P O III.

La condizione Copulativa *della morte di Veneranda e Teresa apposta nella sostituzione de' loro figli in numero plurale, non si può risolvere* in singularitatem; *così che da condizione* Copulativa *debba riputarsi ed interpetrarsi per* disjuntiva.

Vorrebbero i figli di Veneranda, che quantunque il Testatore abbia ordinato: *premorendono Veneranda e Teresa ad Orsola mia erede, in tal caso sostituisco i loro figli maschi*, tutta volta debba interpetrarsi, così, cioè premorendo Veneranda sostituisco i di lei figli alla sua porzione; e premorendo Teresa sostituisco i suoi figli alla di lei porzione: di maniera che quel parlare copulativo, e di numero plurale abbia a diventare disjuntivo, e di numero singolare.

Si appoggiano al testo della *l. falsa demonstratio ff. de conditionibus & demonstrationib.* ove nel §. ultimo si propone il caso, di aver lasciato il Testatore due servi, cioè Stico, e Panfilo a Tizio sotto la condizione, *Si mei erunt*, *cum moriar.* Ne alienò uno il Testatore in vita, un altro ne rimase nel suo retaggio, allorchè morì. Si dubitò se quest' uno si dovea al Legata-

gatario : E 'l Giuriſconſulto riſpoſe di sì ; adducendone la ſeguente ragione , *Nam hunc ſermonem , licet pluralis ſit, pro eo oportet accipi , atque ſi ſeparatim dixiſſet , Sticum ſi meus erit, cum moriar ; Pamphilum ſi meus erit, cum moriar.*

Ma queſto teſto non è adattabile al caſo , perchè il Defunto avea laſciato due ſervi , ordinando un legato *rei particularis* , laonde ciaſchuno di eſſi era dovuto ; ſicchè eſſendoſene trovato un ſolo , quando morì , queſto ſolo per ogni giuſtizia al legatario doveaſi ; e la condizione, *ſi mei erunt cum moriar*, s' indrizzò a' due individui legati , ed in conſeguenza verificandoſi in uno di eſſi , veniva il legato pure a verificarſi attenta la chiara volontà del diſponente : Ma nel caſo noſtro l' affare è diverſiſſimo, e la condizione della morte di amendue fu apposta per eſcludere l' erede del primo grado più diletto , ed includere i ſoſtituiti meno diletti , in maniera che per principj totalmente diverſi deve il dubbio riſolverſi .

Eſaminano i Dottori l' articolo , ſe il parlare in numero plurale, ſi riſolva talvolta in numero ſingolare ; e diſtinguono tra ſoſtituzione fedecommeſſaria , e ſoſtituzione volgare . Se la ſoſtituzione è fedecommeſſaria, può il numero plurare riſolverſi in ſingulare , e la particola copulativa *Et* diventare disjuntiva . Ma nelle ſoſtituzioni volgari mai ſi dà luogo a ſimile interpetrazione , nè ſi ammette il ſoſtituto in eſcluſione del coerede iſtituito , ſe non ſi verifica la condizione copulativamente , e nel numero plurale , come fu concepita dal Teſtatore.

La ragione ſi avvertì da *Bartolo* nella *l. haredes mei §. cum ita ff. ad Trebel. Nam in vulgari pluraritas reſpicit unicum tantùm effectum , ſcilicet ſucceſſionis ipſi Teſtatori , nam directò ipſi ſucceditur : Fideicommiſſaria verò reſpicit diverſos effectus ; nam fides utriuſque rogatur , & de manu utriuſque fideicommiſſum capitur ; ideoque pluralitas facilè reſolvitur in ſingularitatem.*

Soggiunſe di più un altro motivo, cioè: *Et ratio differentiæ eſt, quia vulgaris locum habet ante aditam hæreditatem, quo caſu ante rem quæſitam poteſt eſſe locus juri accreſcendi, quod quidem facilè videri poteſt reſervatum inter CONJUNCTOS, quaſi in unum corpus ſint redacti : Secus fideicommeſſaria , quæ confertur in caſum poſt rem quæſitam.*

Non è dunque meraviglia , ſe dovendo ciaſcuno degli eredi gravati reſtituire l' eredità già acquiſtata , e di cui il Teſtatore volle , che ne foſſe privo , ſenza poterla ad altri traſmettere, che a' fedecommeſſarj ; la condizione concepita in numero plurale ſi riſolve in numero ſingolare : Ma nella ſoſtituzione

vol-

volgare, perchè non si è acquistata dal primo istituito l'eredità, e si deve escludere l'erede prediletto per ammettere il sostituito meno diletto, non è ragionevole la risoluzione del numero plurale in singolare, perchè si farebbe violenza alla volontà del defunto, e per ammettere il meno diletto, il più diletto si escluderebbe. Riputò *Marciano* ne' suoi *consegli* 3. *vol.*2. e 38. *vol.*2. più vera e legale l'opinione di *Bartolo*, e difese, che in casi simili *pluralitas non resolvitur in singularitatem*.

Peregrino de fideicom. art. 13. *n.* 19. sostiene lo stesso, onde conchiude: *Ideoque copulativa illa si Titius, & Sejus hæredes non erunt in sensu negativo, de utroque copulato accipienda est; & generaliter in* vulgari *concludendnm est, ex communi opinione pluralitatem non resolvi in singularitatem*. E nel *n.*33. *Nonus casus est, cum post plures honoratos Testator simpliciter substituit, quia dixit substitutio eis, vel succedat, vel bona perveniant. Hoc quidem casu, si de vulgari agatur, communis opinio est, pluralitatem non resolvi in singularitates, sed altero repudiante locus erit Conjuncto, non Substituto, sicuti dixi supra n.*19.

Graziano nella *discett.*288. *n.*1. scrive: *Substitutio facta pluribus indefinitè, idest si hæredes non erunt, et sic sub conditione, quæ dividi non debet, cum dicatur facta in defectum totius corporis, quod non deficit, cum unus institutorum adit hæreditatem: Videtur enim datus substitutus, non ut singulis personis, sed ut universo gradui, adeo ut substitutus admittatur non quibusdam de gradu deficientibus, sed demum toto gradu infirmato, quando substitutio fuit facta conjunctim, & collectivè, prout in casu nostro*, allegando perciò una lunga serie de' Scrittori.

E 'l *Canonico de Luca* al *n.*2. nell'animadversione a detta *discettazione* soggiugne così: *Maximè si substitutio facta est per copulam, hoc modo: Titium, & Sejum instituto, & si Titius, & Sejus hæredes non erunt, Cajus hæres sit; quia tunc non resolveretur in singularitates, sed Conjunctus admitteretur*.

Appunto nel caso nostro la sostituzione a beneficio de' figli si è fatta *premorendono* Veneranda, e Teresa; e perciò copulativamente, onde non si può risolvere *in singularitates*. Maggiormente quando il Testatore ha soggiunto le parole. *In tal caso*, perchè allora si restringe la sostituzione in quel caso, in cui l'ha ordinata, cioè nella mancanza *copulativa* di tutti e due gl' istituti, nè si può la pluralità risolvere *in singularitates*, siccome a proposito delle suddette clausole *tunc, & eo casu* avvertì *Peregrino loc. cit. n.*65. ivi.

 Li-

Limita prædictas decisiones omnes, quibus dictum fuit, substitutionem pluribus factam resolvi in suas singularitates, ut locum non habeat, quando Testator in substituendo pluribus post illorum mortem dixisset: TUNC, ET IN EO CASU; nam horum verborum vis restringeret dispositionem ad casum expressum per illa verba, & ulterius impediretur extentio etiam ad casum similem, ex doctrina Ancharani. Citando moltissimi Dottori seguaci della detta sua opinione, quali possono riscontrarsi nel detto *n.65*.

Un caso simile lo abbiamo esaminato da *Menochio* nel suo *cons. 797.*, la di cui specie è come siegue: *Illustris D. Mandinarius Hermenulphus condidit testamentum, in quo hæredes instituit Dianam & Clementiam sorores suas, quibus substituit his verbis:*

„ *Item jussit, voluit &c. quod post mortem præfatarum Dianæ, &*
„ *Clementiæ hæredum institutarum ut supra, filii masculi præfatarum*
„ *sororum legitimi, & naturales succedant, & succedere debeant ma-*
„ *tri prædefunctæ in bonis, & hæreditate ipsius testatoris, quos filios*
„ *masculos in casu prædicto sibi hæredes instituit, seu substituit vul-*
„ *gariter, pupillariter, & per fideicommissum.*

Præsupponitur in facto, quod præfatus Testator decessit hoc anno 1590. Una vero ex dictis sororibus, nempe D. Clementia jam decem ab hinc annis decessit, relicto Antonio filio, ac etiam superstite dicta Diana Testatoris sorore. Et prædictus Testator non mutavit aliquo modo dictam institutionem, & substitutionem, etsi sciverit dictam Clementiam ante se decessisse.

Dubitari nunc contingit, an dictus D. Antonius D. Clementiæ ejus matri substitutus admitti debeat ad dictæ ejus MATRIS PORTIONEM, vel potiùs excludatur a D. Diana?

Respondendum existimo, D. Antonium admitti non debere ad successionem portionis D. Clementiæ matris suæ, sed excludi a Domina Diana, cum adhuc non evenerit casus substitutionis, in quo vocatus est ipse D. Antonius. Cum enim Testator vocaverit filios sororum post mortem earum copulativè conjunctarum, sequitur dicendum requiri, quod priùs ambæ ipsæ sint vita defunctæ, antequam filii substituti succedant.

Fonda questa sua determinazione con sette potentissime ragioni dal *n.2.* sin' al *n. 30.*, indi fino al *n.40.* scioglie le varie opposizioni si promossero dal figlio di D. Clemenza, e nel *n.34.* si fa carico della seguente difficoltà. *Secundo obiicitur, quod hoc in casu cuilibet ipsarum, hoc est D. Dianæ, & D. Clementiæ proprii filii fuerunt substituti separatim, & distinctè. Atqui quando pluribus institutis plures fuerunt substituti, ita quod quilibet substitutus habeat proprium substitutum, pluralitas resolvitur in*

sin-

singularitatem, ita ut mortuo uno ex institutis admittatur ejus substitutus, etiam si alii cohæredes superstites sint. Ergo D. Antonius filius mortua D. Diana admitti debet &c. Illa minor propositio dicitur probari per textum in l. penult. ff. de injusto, rupto, irrito &c. Ecco come si propone il dubbio: Odasi ora come lo risolve.

Respondetur, dictam l. penult. ff. de injusto rupto &c. loqui, quando in diversa oratione separatim singulis institutis singuli substituuntur. Ita dictam legem declaravit Bald., quem sequti sunt Alexander Zanchus, Ruinus, Castrensis &c. Porro cum in casu nostro Testator ita substituerit, quod post præfatarum Dominarum Dianæ & Clementiæ filii masculi præfatarum succedant matri prædefunctæ; hoc sane casu, constat conjunctim factam esse substitutionem; cum verbum dispositivum SUCCEDANT fuerit semel tantùm prolatum, & utramque personam Sororum complectatur, præsertim cum eas etiam verbis conjunxerit, cum dixit post mortem præfatarum. Unico enim plurali numero ambas complexus est.

Dovrebbero i motivi addotti da *Menochio* intieramente trascriversi, perchè tutti a proposito, e da lui dettati *pro veritate*; in fatti dal *n.*40. in poi riflettendo le parole del testamento sopra cui consigliava, e specialmente quelle *hæredes instituo, & substituo per vulgarem, pupillarem, & fideicommissum*, disse che queste molto giovar poteano al figlio della premorta sorella, perchè dimostrano, esser la sostituzione *compendiosa*, e perciò comprensiva anche della *fedecommessaria*, cosicchè dovrebbe l' altra sorella adire, e restituire dopo sua morte la porzione della predefonta sorella al figlio. Circostanze che non concorrono nel caso presente.

Ammetter dunque senz' alcun dubbio si deve alla porzione di Veneranda premorta la superstite Teresa, perchè, la condizione della sostituzione non essendosi intieramente verificata, a lei, ch' è *CONGIONTA*, cioè *unico sermone* chiamata nella istituzione, devesi la parte, che non potè adire Veneranda per la sua premorienza.

Che fu ella *congionta* non può esservi disputa, perchè il Testatore nell' istituirle disse, *voglio che tutti li miei beni vadano a Veneranda e Teresa æqualiter, & pro æquali parte & portione*: Sicchè furono congionte almeno *verbis*, siccome dispone la *l. re conjuncti ff. de legatis* 3., e la *l. triplici* 142. *ff. de Verborum significat.* Quindi è che se a' *Congionti Giustiniano* indistintamente accorda il *jus accrescendi* nella *l. unica Cod. de Caduc.*

col-

tollend. , ragionevolmente pretende Teresa escludere i Nipoti, ed ottenere la intiera eredità, come congionta *Verbis* nella istituzione per mezzo del *jus accrescendi*. A qual proposito supplicamo i Signori del S. C. riscontrare tal disputa presso *Vinnio* nel *Commento* alle *Istituzioni lib.* 2. *tit.* 20. *de legat.* dal *n.* 10. in poi, ove colla scuola di molti Eruditi ch' ei allega, sostiene la opinione favorevole a D. Teresa.

Or se nella specie presente la pluralità non si può risolvere *in singularitatem*, nè la particola *Congiontiva ET* interpetrarsi per *disjuntiva AUT*, li figli di Veneranda vengono esclusi dalla Coerede Teresa, perchè non si è verificata la condizione ristrettivamente voluta dal Testatore colle parole *in tal caso*. Lo che vieppiù ha luogo, qual' ora, risolvere il numero plurale in singolare, partorisce l' esclusione della persona prediletta al Defonto, ed include l' altra meno diletta, siccome avvertisce il *Card. de Luca disc.96. & 97. de fideicom. n.*4. dopo l' autorità di *Fusario*, della Ruota Romana, e di moltissimi, ch' ei cita.

RIsponderemo ora, ma brievemente ad una opposizione che li fratelli d' Elmo propongono. A che, dicono essi andare indagando qual fu la mente del Testatore, e se siasi o nò verificata la condizione sotto di cui furono essi chiamati? se D. Teresa istessa ha interpetrato il testamento di D. Francesco in favore di essi loro, postocchè domandò, ed ottenne dalla Bagliva di Lecce il preambolo per metà a dilei beneficio, per metà in beneficio loro? Soggiugendo, che qualora trattasi di dubbia volontà del Testatore, il fatto dell' Erede è la più sicura regola da interpetrarlo, e da porre in chiaro ogni dubbiezza.

Consimile opposizione incontra varie risposte. Primieramente non fu ella (come avvertimmo) che comparve nella Corte bajulare di Lecce, ma il suo figlio D. Serafino Coccioli, investendosi del nome della madre, senz' aver prodotto special procura a domandar il preambolo, com' era indispensabile, perchè a perfezionar simili atti, e per adire l' eredità non basta il mandato, che si presume, o dalla familiarità, o dalla parentela, o da altra simil cagione, ma si richiede un mandato espresso in forma specifica.

Secondo: ancorchè questo vi fosse, ed un consenso di D. Teresa si leggesse espressamente negli atti, non potrebbe mai operare quella sostituzione, che il Testatore non ordinò; che anzi il consenso sarebbe stato nullo, perchè erroneo, e dato sulla

fal-

falsa credenza di essersi verificata la condizione ; quindi avendo il consenso per appoggio un manifesto errore fu nullo, poicchè *de jure* chi erra *non videtur consentire* , *& errantis nullus est consensus*, *l. si per errorem ff. de jurisdict. omnium Judicum*. Massima che ha luogo viappiù in favor delle donne , per ordinario ignoranti del proprio dritto , e delle questioni legali specialmente difficili , com' è quella , di cui si tratta.

Fu dunque una negligenza ed ignoranza del figlio nel promuovere l' azione della madre, da lui nè saputa nè ben intesa, conseguentemente da quegli atti non devono i Contrarj cavar ragione in un' affare così grave ed interessante per D. Teresa, la quale se fusse stata ben' informata del suo dritto , non avrebbe al certo permessa la spedizione del preambolo per metà in beneficio de' nipoti : In fatti tostochè del suo pregiudizio fu avvertita , ricorse al S. C. , e domandò tutta l' eredità di D. Francesco malgrado quel preambolo , che impugnò , e fece istanza di rivocarsi come ingiusto, e nullamente interposto.

CAPO ULTIMO.

Quando anche si fosse verificata la sostituzione (il che si niega), non può sostenersi il decreto della Vicaria , perchè nella metà accordata a' figli di D. Veneranda ha escluso dal succeder con essi anche li figli di D. Teresa.

EVvi nel processo una istanza , nella quale *gradatim* , *& conditionaliter* han dichiarato, che nel caso la Vicaria stimasse spedire il preambolo solo in beneficio della lor madre , davano essi il pieno consenso che si spedisse; ma nel caso giudicasse spedirlo per metà in favore de' figli di Veneranda, da allora domandavano , dover insieme con questi succedere alla detta metà.

Tal domanda che la Vicaria ha ributtato , la suppongono li figli di Teresa appoggiata alla volontà espressa del Testatore ; e che sia così, eccone la dimostrazione . Il defunto pre-

mo-

morendono l' Eredi proprietarie ad Orsola, volle che fussero succeduti per una metà li mascoli di Veneranda, per l' altra li mascoli di Teresa nella sua roba ereditaria, in cui la sostituzione verificata si fosse, spiegando la sua volontà colle seguenti parole, che giova ripetere.

Voglio, che PREMORENDONO *Veneranda, e Teresa ad Orsola mia Erede universale:* IN TAL CASO *dopo la morte di detta Orsola nomino, e sostituisco in miei Eredi universali, e particolari li figli mascoli solamente escludendo le femine di dette Veneranda, e Teresa, cioè metà li figli mascoli di Veneranda, e metà li figli mascoli di Teresa.*

La volontà dunque del Testatore si fu di sostituire li figli dell'una e dell' altra, quando la condizione veniva a verificarsi: Questa appunto si vuol verificata, e si domanda *jure substitutionis* la metà di Veneranda: Dunque a questa metà devono ugualmente venire li figli dell' una, e dell' altra sorella, altrimente non si eseguirebbe la volontà del Testatore, che gli uni, e gli altri sostituì, se si ammettessero solamente li figli di Veneranda, e quelli di Teresa si escludessero.

Nè vale il dire, che il Testatore intese sostituire alla porzione di Veneranda li suoi figli solamente, ed alla porzione di Teresa solo i figli di costei; imperciocchè le parole del testamento sono chiare, non ambigue, ed invitano gli uni, e gli altri, quando la sostituzione si avvera; laonde sarebbe un contradire alla volontà; ed incorrere nell' avvertimento del giurisconsulto *Paolo* nella *L.*25. §. *primo ff. de Leg.*3. ivi: *Cum nulla in verbis ambiguitas est, non est admittenda voluntatis quæstio.* Perlocchè o vogliono li figli di Veneranda, che la sostituzione si sia verificata; ed allora devono soffrire, che ne'beni pretendono per virtù della sostituzione, siano ammessi tutti li sostituti nella maniera appunto che il Testatore ordinò.

Una riflessione sul testamento fa vedere, che diversamente praticandosi, la volontà del Defunto si distruggerebbe. Volle egli beneficare ambedue le linee de' suoi nipoti nel caso della sostituzione, giacchè gli uni e gli altri ugualmente ed indistintamente invitò, e diede la facoltà alle due sorelle proprietarie di disporre in vita, o in morte liberamente de'di lui beni, cosicchè usando Teresa di tal facoltà, ed alienando in vita la sua porzione, ecco che li suoi figli restarebbero privi de'beni pervenuti dal Zio per metà alla lor Madre; ed esclusi nel tempo stesso restando dall' altra metà, in cui sono sostituiti, niente avrebbero de' beni del Zio, non ostante che costui avesse or-

ordinato, di doverli tutt' i nipoti *in stirpes* ugualmente godere
A questa volontà del Defunto non si controviene, qualora si afferma, che o in tutto, o in parte il caso della sostituzione si avveri, sempre e nel tutto, e nella parte debbano ugualmente li figli di ambedue le sorelle concorrere; ch' è quello han domandato li figli di Teresa, e che col suo decreto la Vicaria non ha stimato accordarli.

IN somma per darsi luogo all'idea de' figli di Veneranda, dovrebbe da una presunzione ricavarsi un'altra, e dalla seconda anche la terza, ed indi per via di raziocinio passandosi da una in un' altra presunzione dedursi la conseguenza in di lor favore solamente, ed escludersi D. Teresa, ed i suoi figli. Imperciocchè il Testatore ordinò la sostituzione in quel solo caso, che dopo la dilui morte premorissero Veneranda, e Teresa proprierarie ad Orsola usufruttuaria: Ora si vuole che questa disposizione abbia luogo, quantunque l'usufruttuaria, ed una dell'Eredi proprietarie siano premorte al Testatore; e perciò in un caso totalmente diverso.

Secondo: la sostituzione fu ordinata nel caso della premorienza di tutte due le proprietarie; sicchè lo stenderl' al caso della premorienza di una sola, non è, se non la seconda interpetrazione, e presunzione.

Terzo: non ostante che il Testatore abbia sostituito i figli dell'una, e l'altra sorella, si vogliono alla porzione di Veneranda ammettere li figli di costei solo, ed escludere quelli di Teresa anche per via di presunzione, ed interpetrazione; ed in conseguenza per dar luogo alla domanda de' fratelli di Elmo bisogna figurar quel caso, che non espresse il Defunto. Dopo averlo figurato cambiare la condizione copulativa in disjuntiva, ed il numero plurale in singulare anche per via di presunzioni, e congetture. E finalmente oltre di tutto ciò escludere parte de' sostituti, e parte ammeterne anche per via di presunzioni, e contro la lettera del testamento: Quando per opposto insegnano i Dottori, che da una presunzione non se ne può dedurre un' altra.

Il *Card. de Luca de fideicommissis disc.* 74. *num.* 7. discorrendo su tal proposito, registrò: *Altera est super specialibus non multiplicandis, eàdem decisione* 354. *num.*8., *&* *alterâ benè deducta n.*13. *&* 15., *quod quando testator exprimit conditionem si sine filiis, Statutum aliud non facit, quàm inducere unam præsumptionem, quod scilicet censeatur, testatorem ita de eis cogitando, voluisse*
illos

illos vocare ; Sed quando Testator non exprimit , tunc multiplicantur fictiones contra juris principia , quoniam oportet fingere , seu præsumere , voluntatem testatoris in dicta conditione subintelligendam ; & deinde oportet fingere , ac subintelligere aliam voluntatem vocandi , quæ sunt in jure damnata ac destructiva principiorum . Così ancora scrissero *Surdo* nel *consiglio* 135. *num.*78. & 79., *Ruino* nel *cons.*66. *num.*10., *Alessandro* nella *Legge cum aliquam num.* 21. *ff. de acquirenda possess.* , *Rota Rom. part.* 4. *tom.*2. *recen. dec.*317. *num.*30. , i quali tutti deducono una tal massima incontrovertibile dalla *Leg.* 1. *C. de dotis promis.* , e dalla *Glossa* sopra la citata *leg.*

Se così è, non crediamo proprio della ammirabile giustizia del S. C. il confermare un preambolo , ove per via di tante presuntive illazioni , e colla multiplicità di varie congetture si ammettono i figli di Veneranda nipoti in esclusione di Teresa sorella, e prediletta dal Testatore, figurandosi il caso mai previsto da lui , e contro la lettera del testamento risolvendosi non solo la pluralità in singularità , ma ben anche escludendosi gli altri sostituiti per ammetter li soli figli di Veneranda , non ostante che gli uni , e gli altri avesse il Disponente invitati. *Sub Censura &c.*

Napoli 28. Luglio 1761.

Antonio Carpentiero.